

FEDERICO ROSELLI

**IL CONTROLLO  
DELLA CASSAZIONE CIVILE  
SULL'USO DELLE CLAUSOLE GENERALI**



JOVENE EDITORE NAPOLI  
1983

## INDICE SOMMARIO

*Presentazione*

pag. xvii

### INTRODUZIONE

#### NOZIONE DI DISPOSIZIONE DI LEGGE ELASTICA

La questione del controllo sui giudizi di valore nel diritto civile. - Le scelte ideologiche sottostanti. - Formulazione della questione nell'ordinamento monista. - La diversa formulazione di essa in un ordinamento pluralista. - Riferimento alla giurisprudenza della Cassazione civile. - Primo chiarimento sulla espressione « disposizione di legge elastica ». - Il contributo della dottrina tedesca. - La disposizione elastica come disposizione richiedente giudizi di valore. - Relatività della nozione di disposizione elastica. - Esempi. - Elasticità deliberatamente perseguita dal legislatore ed elasticità involontaria. - Utilità della nozione e comune accettazione di essa. - Sul rapporto tra comandi politici e decisioni giudiziarie. - Risalto di tale rapporto nella interpretazione giudiziaria della disposizione elastica - Utilità di un riesame della questione per una riconsiderazione del giudizio di cassazione

pag. 1

### CAPITOLO PRIMO

#### FORTUNE DEL SILLOGISMO GIUDIZIALE; INDAGINE RETROSPETTIVA

1. *Concezione sillogistica e controllo del giudizio in Cassazione* pag. 19  
La negazione del sillogismo giudiziale nell'attuale dottrina dell'interpretazione. - La Cassazione come prodotto giuridico originale dell'Illuminismo. - La concezione sillogistica del giudizio come fondamento dell'istituto della Cassazione. - Il movimento antilogicistico, come fonte di crisi del giudizio di Cassazione. - Spunti anticodicistici primo ottocenteschi all'origine del movimento antilogicistico. - Fondamento positivo della Cassazione italiana. - Sua origine in Francia. - Origine, in Italia, della concezione sillogistica del giudizio. - Sua persistenza nell'attuale or-

- dinamento. - Sua negazione da parte della dottrina. - Utilità di una storia del movimento antilogicistico. - Criteri dell'indagine storica.
2. *Concezione sillogistica del giudizio e magistratura. Esempi nella giurisprudenza preunitaria* . pag. 27
- Il giudizio come atto automatico. - Prime enunciazioni in Italia. - Prime negazioni. - Negazioni di certezze ed automatismi nel pensiero del tardo Settecento. - Contributo dei pratici alla negazione dell'automaticità del giudizio. - Esempi giurisprudenziali. - L'adozione della frase unica nelle sentenze corrisponde alla concezione sillogistica del giudizio. - La frase unica in Italia. - Prime incrinature del sillogismo nel periodo napoleonico. - Intrusione di elementi extrapositivi nelle sentenze del Senato di Genova. - Ragioni che inducono ad esaminare le sentenze del Senato di Genova. - I Senati come giudici di ultima istanza. - Criteri di scelta delle sentenze. - La frase unica nelle sentenze del Senato. - Esempi in materia di obbligazioni. - Esempi in materia ecclesiastica. - Spunti politici nelle sentenze esaminate. - Motivi politici nella giurisprudenza piemontese del periodo liberale. - Esempi. - Impressioni complessive sulla giurisprudenza preunitaria. - La pratica forense. - Conclusioni. - La crisi, già evidente, del sillogismo giudiziale non influisce sull'introduzione della Corte di Cassazione, istituto nato dalla concezione sillogistica.
3. *Anticodicismo e intrusione di giudizi di valore nell'interpretazione giuridica; alcune voci della dottrina preunitaria* . pag. 49
- Ragioni che inducono a considerare la dottrina. - Ragione dei riferimenti biografici. - Federigo Sclopis. - Giuseppe Antonio Castelli. - Francesco Foramiti. - Giandomenico Romagnosi. - Pellegrino Rossi. - Francesco Forti. - Il problema del linguaggio normativo. - Sensibilità liberale di Francesco Forti. - Anticodicismo a Pisa. - Federigo Del Rosso. - Il metodo storico nell'interpretazione del diritto. - Francesco Buonamici. - Enrico Preterutti: la « libertà d'azione » dell'interprete. - Matteo Pescatore. - Conclusione: antilogicismo e Cassazione.
4. *La giurisprudenza dei codici unitari* . pag. 68
- Il codice civile nazionale e l'influsso di elementi estralogici nel discorso del giudice. - Gli elementi extracodicistici nelle sentenze. - Ancora sull'anticodicismo della scuola pisana. - Il ricorso in Cassazione per violazione delle « leggi romane »... - ...o dell'autorità dei dottori. - Rigoroso codicismo di Emidio Pacifici Mazzoni... - ...non seguito dai giudici. - Esempi in giurisprudenza. - Nella materia ecclesiastica. - In materia di diritti della donna.
5. *Segue. Altri casi nella giurisprudenza di fine secolo* pag. 78
- Negazione della libertà dell'interprete. - Esaltazione della lealtà politica del magistrato. - Anticodicismo e antilogicismo nella giu-

- risprudenza. - Esempi. - In materia di obbligazioni. - In materia di tutela degli interessi collettivi. - In materia di risarcimento del danno. - In materia di rapporti personali. - La rilevanza delle norme extrastatali. - In materia matrimoniale. - In materia di lavoro subordinato. - Lo sciopero. - Il licenziamento. - Conclusione: i giudizi di valore vengono adesso manifestati esplicitamente. - Anche il legislatore tende ad accrescere i poteri dei giudici.
6. *La negazione del sillogismo giudiziale in alcune posizioni della dottrina* pag. 91  
 Francesco Ferrara. - Giovanni Pacchioni. - Vittorio Polacco. - Francesco Degni. - Raffaele Majetti. - Eduardo Piola Caselli. - Alfredo Rocco. - Nicola Coviello.
7. *La crisi della concezione sillogistica del giudizio dal primo al secondo dopoguerra. La giurisprudenza* . pag. 99  
 L'aumento della legislazione speciale e la crisi del codice. - Criterio di esposizione della giurisprudenza del periodo fra le due guerre. - Possibilità di scelte di valore dei giudici nello Stato autoritario. - Esempi. - In materia di validità delle clausole oro. - In materia di disciplina dei prezzi. - In materia di lavoro. - In materia di legislazione razziale. - Conclusione: la relativa uniformità delle scelte giurisprudenziali è dovuta non alla natura della funzione giudiziaria, ma alla soggezione dei giudici al governo.
8. *Segue. La dottrina* pag. 108  
 Il saggio comparatistico di Mario Bachi. - Il peso dell'idealismo crociano. - L'influsso crociano: Rotondi, Maggiore, Ascoli. - Il saggio di Guido Calogero. - Le reazioni da esso determinate. - ... e le sue implicazioni in caso di normativa elastica. - Tullio Ascarelli. - Emilio Betti. - Giuseppe Caiani. - Giovanni Tarello e il realismo giuridico.
9. *L'applicazione della legge come atto di volontà. Dalla logica alla retorica* pag. 120  
 Decisione giudiziale come atto di volontà. - ... ma non atto arbitrario. - Il problema della coerenza tra la volizione del giudice e la volontà legislativa. - Il timore del mero decisionismo nella dottrina italiana. - Nuovo ordinamento costituzionale e nuovi problemi dell'interpretazione. - L'interpretazione « creativa », ossia implicante scelte di valore. - Il problema della congruenza tra scelte assiologiche. - La sentenza e la norma di legge come espressione, entrambe, di scelte assiologiche. - « Ragionevole » coerenza tra scelte assiologiche. - ... e loro giustificazione. - La nuova retorica. - Ragionevolezza dell'atto non necessitato, in genere ... - ... e della decisione giudiziaria in particolare. - Ostilità italiana verso la retorica. - Rilievo degli argomenti retorici nell'applicazione delle disposizioni di legge elastiche. - Rinvio alla giurisprudenza della Cassazione.

## CAPITOLO SECONDO

## CASSAZIONE E DISPOSIZIONI DI LEGGE ELASTICHE

1. *La polemica sulle clausole generali* . pag. 130  
 Nuova vitalità del diritto giurisprudenziale alla caduta dell'ordinamento autoritario. - L'appello alla normativa elastica nell'ordinamento autoritario. - Significato della normativa elastica nell'ordinamento pluralista. - Costanza dell'appello alla normativa elastica. - La polemica attuale. - Argomenti addotti in favore delle disposizioni elastiche: - *a*) maggiore idoneità ad interventi riformatori del legislatore; - *b*) rivalutazione del diritto giurisprudenziale; *c*) salvaguardia della certezza del diritto; - *d*) maggiore tutela di interessi trascurati dal potere legislativo. - Argomenti contrari alle disposizioni elastiche: - *a*) pregiudizio per la certezza del diritto; - *b*) assenza di legittimazione democratica del giudice alle scelte politiche; *c*) limitatezza dei poteri conoscitivi del giudice; - *d*) incompatibilità tra normazione elastica e uso degli elaboratori elettronici nell'applicazione della norma. - Conclusione: inevitabile espansione della normativa elastica. - Chiarimenti terminologici. - Norma elastica e norma affidante un giudizio d'equità. - Le « direttive » del legislatore. - Relatività di ogni distinzione. - Il problema del controllo come principale problema posto dalla normativa elastica.
2. *Se l'uso delle disposizioni di legge elastiche sia soggetto al controllo in Cassazione* pag. 156  
 Posizione del problema nella « Cassazione civile » di Calamandrei. - Anticipazioni della questione fin dall'istituzione del Magistrato di cassazione. - Raselli e Carnelutti. - Contemporanea posizione del problema in Francia. - Calogero. - Esser. - Posizione del problema nella più recente dottrina. - Incertezze dottrinali. - ... e pratiche. - Incertezze nelle magistrature supreme. - Sostituzione, da parte del legislatore, di disposizioni elastiche con disposizioni analitiche. - Conclusione: interpretazione della disposizione elastica come ridefinizione del suo enunciato.
3. *Segue. Gli orientamenti della Cassazione civile* . pag. 171  
 Il rimprovero, mosso dalla dottrina, di scarso uso delle clausole generali da parte della giurisprudenza. - Quesiti in materia di propensione all'uso delle clausole generali da parte dei giudici. - Maggior frequenza dei giudizi di valore nelle sentenze italiane, rispetto a quanto appaia dalla scarsità dei richiami a clausole generali. - Esempi. - In materia di luogo dell'adempimento. - In materia di mora. - In materia di formazione di prassi aziendali ... - ... e di parità di trattamento dei lavoratori. - In materia di correttezza del prestatore di lavoro. - In materia di potere disciplinare dell'imprenditore. - In materia di responsa-

bilità dell'assicuratore per la responsabilità civile. - La concezione sillogistica del giudizio quale causa dello scarso uso delle clausole generali. - Esempi. - In materia di esecuzione del contratto d'opera. - In materia di risoluzione della locazione. - Assoggettabilità dell'uso delle clausole generali al controllo di cassazione. - Oscillazioni della giurisprudenza della Corte. - Esempi. - In materia di importanza dell'inadempimento. - In materia di colpa. - In materia di risoluzione della locazione. - In materia di qualificazione del rapporto di lavoro. - In materia di licenziamento. - In materia di potere disciplinare dell'imprenditore. - In materia di opere dell'ingegno. - In materia di servitù. - In materia di massime d'esperienza. - Concezione sostitutiva del giudizio e controllo sull'uso delle clausole generali. - Controllo sull'uso delle clausole generali presentato come mero controllo sulla forma della motivazione. - Esempi in materia di gravità dell'inadempimento. - Conclusione: propensione della Corte a « suggerire » piuttosto che a « imporre » scelte di valore ai giudici di merito.

4. *Il controllo in Cassazione del giudizio equitativo. Discrezionalità ed equità .*

pag. 191

Disposizioni elastiche ed equità. - Distinzione tra disposizione elastica e disposizione attributiva di un potere discrezionale. - Inattendibilità della distinzione. - Unica distinzione accolta: disposizione elastica, il cui uso è soggetto al controllo di legittimità, e disposizione attributiva del potere di giudicare secondo equità.

5. *L'apparente controllo sulla motivazione (art. 360 n. 5, cod. proc. civ.) si traduce in realtà in controllo sul giudizio di diritto (art. 360 n. 3, cod. proc. civ.), svolto con gli strumenti del discorso retorico .*

pag. 197

Controllo di forma e controllo di contenuto sulla sentenza di merito. - Differenza pratica. - Controllo apparente sulla motivazione e sostanziale sull'interpretazione delle disposizioni elastiche. - Cassazione per insufficiente motivazione. - Cassazione per motivazione contraddittoria. - Esempi in tema di « capacità di guadagno » per la pensione di invalidità. - In tema di danno da svalutazione monetaria. - Conferma della sentenza impugnata. - Esempi in tema di responsabilità professionale. - In tema di grave inadempimento del contratto d'affitto. - In tema di situazione d'abbandono dell'adottando. - In tema di cessazione della proroga legale della locazione. - Conclusione: il controllo, apparentemente di forma e sostanzialmente di contenuto, fa sì che il giudice di rinvio si attenga alla sentenza di cassazione per effetto della sua persuasività anziché per effetto dell'enunciazione del principio di diritto.

*Sguardo d'insieme alle conclusioni raggiunte .*

pag. 208

## CAPITOLO TERZO

GLI STRUMENTI PER RIDURRE L'INDETERMINATEZZA  
DELLE DISPOSIZIONI ELASTICHE

1. *Gli strumenti forniti dall'ordinamento legale (autointegrativi) per l'interpretazione delle norme elastiche* . pag. 211  
Strumenti « interpretativi » di applicazione delle disposizioni di legge elastiche. - Argomenti forniti dalla nuova retorica. - L'argomento della completezza e della coerenza dell'ordinamento. - Coerenza e completezza non sono caratteri naturali dell'ordinamento ma oggetto di una scelta di valore. - Questa scelta è tuttavia così diffusa da presentare caratteri di oggettività. - La coerenza dell'ordinamento presuppone l'esistenza di principi fondamentali. - Nell'ordinamento italiano essi sono espressi nella Costituzione. - Dell'univocità delle scelte di principio espresse nella Costituzione. - Utilità delle disposizioni della Costituzione nell'interpretazione delle leggi ordinarie. - Rapporti tra Costituzione e legge ordinaria nella giurisprudenza della Cassazione. - Rapporto di compatibilità. - Esempi in materia di principio costituzionale d'eguaglianza. - Rapporto di presupposizione. - Esempi in tema di principio di solidarietà e buona fede nell'adempimento. - In tema di diritto di sciopero e condotta antisindacale del datore di lavoro. - In tema di principio della retribuzione minima e interpretazione del contratto collettivo. - In tema di diritto alla salute come diritto soggettivo perfetto. - Principio di eguaglianza e danno ingiusto. - Conclusione. tendenza della Cassazione ad assicurare la coerenza dell'ordinamento attraverso il ricorso alle norme costituzionali. - Interpretazione delle disposizioni elastiche attraverso il ricorso a norme di legge ordinarie. - Esempi: in tema di colpa aquiliana. - In tema di scarsa importanza dell'inadempimento. - In tema di colpa grave nel pagamento al presentatore di un titolo di credito.
2. *Gli strumenti « eterointegrativi » dell'ordinamento, in genere* pag. 228  
Argomenti retorici del verosimile e dell'opinabile. - L'argomento autoritativo. - Utilità dello studio del « precedente » ai fini del corretto uso dell'argomento autoritativo. - Gli argomenti sociologici. - Loro valore nell'ordinamento pluralista. - Il richiamo, esplicito o no, della legge statale ad ordinamenti extrastatali. - Sulle difficoltà di conoscenza della norma extrastatale. - Norma e « natura delle cose ». - Rinvio ai paragrafi successivi.
3. *Gli argomenti naturalistici di eterointegrazione. Le norme di ordinamenti extrastatali* . pag. 236  
Gli argomenti naturalistici. - Le regole dell'economia. - L'ap-

- plicazione di una regola economica presuppone una scelta di valore. - Le norme di ordinamenti extrastatali. - Valore del diritto dei privati nel diritto civile. - ... alla stregua dell'attuale Costituzione. - Particolarismo giuridico e codicismo, intesi come antitesi tra diritto di formazione spontanea e diritto imposto dall'autorità. - Nei giuristi dell'Ottocento. - Ai primi del Novecento, col nascere delle formazioni sociali organizzate. - Vittorio Scialoja e le consuetudini locali. - Benedetto Croce e la « realtà nuova » del liberalismo. - Antonio Gramsci e il diritto folclorico. - Tullio Ascarelli. - I saggi di Pietro Rescigno. - Nuova attualità dell'opera di Santi Romano. - Le disposizioni di legge elastiche quali anelli di congiunzione tra norma statale e norme extrastatali. - Norme extrastatali, disposizioni elastiche e controllo di legittimità. - La conoscenza delle norme extrastatali da parte della Corte di cassazione. - Difficoltà di invocabilità della norma extrastatale in Cassazione. - Nuovo accostamento tra lingua e diritto, e tra dialetto e diritto folclorico. - Particolarismo giuridico e tutela dell'unità del diritto oggettivo nazionale.
4. *Esempi: il richiamo a norme di deontologia professionale; a norme del costume familiare, variabili a seconda degli ambienti sociali e delle aree geografiche; a norme espresse da comunità religiose* . . . . . pag. 260
- Norme di deontologia professionale. - Incerta distinzione tra fatto e diritto. - Motivazione delle sentenze di Cassazione interpretative delle norme interne degli ordini professionali. - Riluttanza della Corte a sostituire i propri giudizi di valore a quelli del giudice di merito, nonché ad ingerirsi nella vita delle comunità intermedie. - Censurabilità, attraverso le clausole generali, del giudizio di merito fondato su norme interne. - Esempi in materia disciplinare. - Esempi in materia di diritto di famiglia. - Ampiezza dei limiti di censurabilità della decisione di merito. - Variabilità della norma del costume familiare e conseguente sacrificio dell'unità di interpretazione della clausola generale. - Esempio in materia di seduzione con promessa di matrimonio. - Le norme interne delle associazioni. - L'esclusione dell'associato per « gravi motivi ». - Il codice disciplinare dell'impresa. - Partiti e sindacati. - Formazioni sociali di carattere religioso.
5. *Il richiamo, nel diritto delle obbligazioni, alle regole determinate dalla natura degli affari* . . . . . pag. 270
- Il movimento dottrinario inteso a valorizzare, nel diritto delle obbligazioni in genere e nel diritto commerciale in particolare, le regole di formazione spontanea. - Le antiche magistrature commerciali, giudici del « fatto ». - Francesco Degni e l'insufficienza dei codici rispetto ai rapporti commerciali. - Vittorio Scialoja e il diritto comune contrapposto al diritto dei codici. - Droit donné e droit construit in François Géný. - Vivante, Mossa,

- Asquini e la « natura delle cose ». - Franz Wieacker e le valutazioni extralegali. - Spunti nella dottrina contemporanea. - Fatto e precetto: essere e dover essere. - Come la natura delle cose possa influire sulla formazione del precetto. - Scarsità della giurisprudenza italiana in materia: ragioni storiche. - Qualche esempio giurisprudenziale nella materia commerciale. - Qualche esempio nella materia lavoristica.
6. *L'argomento equitativo e la residua area di libero giudizio* . pag. 282  
 Argomento equitativo e giudizio di equità. - Attitudine destabilizzante dell'argomento equitativo e conseguente scarso uso di esso nella cassazione civile. - Carattere residuale dell'argomento equitativo nel giudizio di diritto. - Esempio: l'interpretazione dell'art. 36 Cost. - La residua area di giudizio libero, epperò incontrollabile.

### CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

- Corte di cassazione, esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge* . pag. 287  
 La Cassazione quale istituto rimasto immutato attraverso le trasformazioni della società. - Cassazione e mutamento costituzionale. - Indipendenza dei magistrati e coordinamento della loro attività. - Necessaria ridefinizione della nozione di certezza del diritto. - La certezza del diritto nell'ordinamento pluralista. - Crisi del codicismo e nuovo peso del diritto giurisprudenziale. - Diversità degli orientamenti ideologici dei giudici. - Illusorietà della certezza del diritto intesa come assoluta uniformità delle sentenze. - L'atteggiamento della Nuova retorica verso la certezza del diritto. - Le disposizioni di legge elastiche: riduzione dell'area di indeterminatezza attraverso strumenti tecnici e non attraverso scelte soggettive. - Nuovi strumenti tecnici di interpretazione: rinvio. - Diversi gradi di realizzabilità della certezza del diritto nell'ordinamento monista e nell'ordinamento pluralista. - Necessità di riservare al giudice di merito, anche nel giudizio di diritto, un'area di libero giudizio. - Il richiamo di Perelman alla prassi delle magistrature supreme continentali. - Conclusione: la certezza del diritto affidata a strumenti tecnici anziché a scelte ideologiche. - La Cassazione organo tutore non già di un'ideologia ufficiale ma solo del valore costituzionale del pluralismo. - La giurisprudenza di merito quale titolare di un « potere diffuso ». - Persuasione, anzi che imposizione di scelte di principio. - Conseguenze in ordine all'enunciazione del principio di diritto nella cassazione con rinvio. - Conclusione: la neutralità della Cassazione è affidata alla sua attitudine ad astenersi dall'imposizione di scelte ideologiche ai giudici di merito, titolari di un « potere diffuso ».